

RESPEKTUJE ČESKÝ ZÁKONODÁRCE PRINCIP SUBSIDIARITY TRESTNÍ REPRESE?

prof. JUDr. JAN MUSIL, CSc.

soudce Ústavního soudu České republiky

1. PLATÍ I NADÁLE PRINCIP SUBSIDIARITY TRESTNÍ REPRESE JAKO VÝCHODISKO MODERNÍ TRESTNÍ POLITIKY?

Očekávání, která lidé spojují s funkcí trestního práva, jsou velmi různorodá a pohybují se mezi dvěma extrémními body:

1. trestní právo je pokládáno za všelék na téměř všechny neduhy lidstva – proto je prý žádoucí jeho intervenci rozšiřovat na další a další oblasti regulace a kontroly společenských procesů;
2. trestní právo je zcela neúčinný a proto též zbytečný nástroj, který prý v zápase se zlem trapně selhává a který je třeba nahradit „něčím jiným“; vynikající německý právní filozof Gustav Radbruch s povzdechem a s literární licencí napsal již na začátku 20. století, že nejlepší reformou současného trestního práva by bylo nikoliv jeho nahrazení lepším trestním právem, nýbrž jeho nahrazení něčím dokonalejším, než je trestní právo („*etwas Besseres als das Strafrecht*“).¹

Reálná trestní politika se ovšem ve skutečnosti pohybuje někde mezi těmito dvěma krajnostmi. Pojem *trestního bezpráví* se mění v průběhu lidské historie – to, co dříve bývalo těžkým deliktem a trestalo se třeba smrtí (čarodějnictví, urážka majestátu, cizoložství, homosexuální styk, kacířství, spekulace atd.) dnes trestáno není, naopak však mnoho nových deliktů přibýlo (insider trading, počítačová kriminalita, ekologické trestné činy atd.). Zjednodušeně by se dalo říci, že neustále probíhají dva souběžné protikladné procesy – kriminalizace a dekriminalizace. Který z těchto směrů převažuje, na který je v danou dobu položen důraz, to záleží na mnoha faktorech – na reálném stavu (kvalitě a kvantitě) kriminality, na skutečném nebo jen domnělém pocitu ohrožení, na vládnoucí ideologii, na stabilitě nebo naopak nestabilitě společnosti apod. Zákonodárce reaguje na tyto faktory různě – někdy adekvátně, jindy však zcela falešně. V tomto druhém případě dochází k excesům, spočívajícím buď v přepínání trestní represe, nebo naopak v její neefektivnosti.

¹ Radbruch, G.: Einführung in der Rechtswissenschaft. 11. Aufl. Stuttgart : Koehler, 1964.

Obě tyto krajnosti jsou nežádoucí. Přepínání trestní represe, příznačné pro totalitní režimy, vede k brutalizaci společenské atmosféry, k potlačování lidské svobody a iniciativy, k narůstání společenských konfliktů. Na druhé straně přílišná liberalizace trestní politiky snižuje odstrašující účinek trestání, odstraňuje zábranné mechanismy a může vést k nárůstu kriminality; to způsobuje pokles bezpečí, snižuje kvalitu osobního a společenského života.

Přes veškerou nejednoznačnost dosavadního vývoje trestní politiky se nicméně dá vysledovat určitá základní linie, a sice dodržování vůdčího principu **subsidiarity trestní represe**. V literatuře a v praxi se tentýž princip označuje ještě jinými termíny: *pomocná role trestního práva*, *omezení trestního práva* nebo *princip ultima ratio*. Tento princip bývá vykládán ve dvojitým smyslu:

- v užším smyslu ve vztahu k jiným právním odvětvím: Trestněprávní ochrana má nastoupit až tam, kde nepostačí ochrana poskytovaná jinými právními odvětvími (právem občanským, obchodním, správním, finančním atd.);
- v širším smyslu ve vztahu ke všem formám sociální intervence: Trestněprávní ochrana má nastoupit až tam, kde nepostačí jakákoli (tedy i neprávní) opatření, např. ekonomická, politická či sociální opatření; v tomto příspěvku se přidržuji tohoto širšího pojetí.

Princip subsidiarity trestního práva je uznáván již velmi dlouhou dobu, ze starších českých autorů ho výslovně zmiňují např. Mířička² a Solnař³; stejně je zdůrazňován současnými autory, např. Novotným⁴ a Kratochvílem.⁵ Také přední zahraniční teoretici se k této linii výslovně přihlašují – z celé řady dalších budiž jmenováni např. Jescheck⁶ a Trechsel.⁷

Významný švýcarský kriminolog Karl-Ludwig Kunz upozorňuje na skutečnost, že jiné než trestněprávní instituce sociální kontroly „fungují disktrétněji a méně nákladně, čili vytvářejí méně doprovodných škod, a fungují rovněž levněji. U trestního práva jsou sociální náklady, jak finanční, tak nemateriální, nejvyšší“.⁸ Trestní právo na jedné straně sleduje bohubilý cíl omezit zločinnost, která přináší lidstvu utrpení. Zároveň však trestní právo a potírání kriminality vyvolávají i nežádoucí vedlejší negativní důsledky, které rovněž způsobují utrpení – jsou jimi např. justiční omyly, excesy a nezákonnosti policejních a justičních orgánů, sekundární viktimizace obětí, zásahy do lidských práv a svobod, které se dotýkají nejen pachatelů, ale i nezúčastněných osob. Proto Kunz navrhuje novou *strategii humanity*, sledující cíl zmenšit lidské utrpení v dosahu kriminality a kriminalizace.⁹

² Mířička, A.: Trestní právo hmotné, Praha : Všeherd, 1934, s. 12.

³ Solnař, V.: Trestní právo hmotné. Část obecná. Praha : Knihovna Sborníku věd právních a státních, 1947, s. 33.

⁴ Novotný, O.: Kriminalita, trestní právo, kodifikace. Trestní právo č. 10/1998, s. 9; Novotný, O. a kol.: Trestní právo hmotné. Obecná část. 5 vyd. Praha : ASPI, 2007, s. 45.

⁵ Kratochvíl, V. a kol.: Trestní právo hmotné. Obecná část. 3. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2003, s. 28.

⁶ Jescheck, H. H., Weigend, T.: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. Berlin : Humblot, 1996, s. 2.

⁷ Trechsel, S.: Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Zürich : Schulthess Verlag, 1994, s. 24.

⁸ Kunz, K.-L.: Souvislosti mezi kriminologií a kriminální politikou a jejich odlišnosti. Právník č. 8/1997, str. 679.

⁹ Tamtéž, s. 690.

Mám-li tedy odpovědět na otázku obsaženou v nadpise této kapitoly, potom uzavírám: Ano, pokládám princip subsidiarity trestní represe za nadále platný. Doposud nebyly předloženy žádné přesvědčivé argumenty, která by prokazovaly nesprávnost této koncepce.

2. ZMÍRNĚNÍ NEBO ZPŘÍSNĚNÍ TRESTNÍ REPRESE?

S otázkou subsidiarity trestního práva je velmi úzce spjat problém intenzity trestněprávní represe, její zmírňování nebo naopak zpřísnování. Převážná část tohoto problému se týká rozsahu *kriminalizace*, tj. stanovení okruhu protispolečenských jednání, která stát postihuje trestními sankcemi, procesů dekriminalizace nebo naopak tzv. nové kriminalizace, jimiž se ovlivňuje okruh jednání, která mají nebo nemají být postihována jako trestné činy.

Stupeň represivity trestního práva se vedle toho posuzuje též podle přísnosti trestních sankcí, podle věkové hranice trestní odpovědnosti, podle definování okolností vylučujících protiprávnost, podmínek zániku trestnosti, podle přísnosti výkonu trestů, podle přísnosti procesněprávních předpisů, zejména podle garancí poskytovaných ochraně lidských práv a svobod v trestním řízení, event. podle dalších kritérií.

Je známo, že v 60. až 80. letech minulého století se v celoevropském měřítku prosazovala v rámci klasického liberálního trestního práva, příznačného pro tzv. právní stát, tendence ke zmírňování trestní represe. To se projevovalo zejména **dekriminalizací**, tedy zužováním rozsahu trestněprávně postihovaných deliktů.

Již koncem 80. let a zejména v první polovině 90. let se však v Evropě trend obrátil a začala sílit tendence k **zostřování trestní represe**. Důvodů pro tento obrát kríminálně politického směřování je uváděna řada. Zmírňována je zpravidla rostoucí komplikovanost společenského života v podmínkách tzv. postmoderní společnosti, nová bezpečnostní rizika, vyplývající z procesů globalizace, migrace obyvatelstva jak uvnitř státních hranic, tak mezi státy, společenské napětí způsobené pocitem nespravedlivého rozdělování a přerozdělování ekonomického bohatství a přírodních zdrojů, hrozící ekologické ohrožení atd. Hlavním bezprostředním impulzem pro zostřování trestní represe pak je zvýšený výskyt mimořádně závažných forem kriminality (organizovaná kriminalita, terorismus, kriminalita s mezinárodními prvky, hospodářská kriminalita, ekologická ohrožení, brutální formy násilné kriminality apod.).

Nový (represivnější) trend, jak se zdá, se prosadil nejen v politice a v legislativě, ale byl akceptován též kriminologickou a trestněprávní teorií. Jörg Arnold s netajenou lítostí mluví o tom, že diskuse o dekriminalizaci je dnes bohužel *passé*, idea klasického liberálního trestního práva se zdá být překonána, a vyhlíží dnes jako anachronismus.¹⁰

Toto nové směřování trestního práva lze dokumentovat zejména na procesu tzv. **nové kriminalizace**¹¹, tj. na zavádění nových skutkových podstat trestných činů, a novými instituty jak obecné, tak zvláštní části trestního zákona.

¹⁰ Arnold, J.: Karl Marx und das Holzdiebstahlggesetz. In: Arnold, J. et al. (Hrsg.): Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser. München : C. H. Beck, 2005, s. 45.

¹¹ K pojmu *nová kriminalizace* srov. Kaiser, G. u. a. (Hrsg.): Kleines kriminologisches Wörterbuch. 3. Aufl. Heidelberg : C. F. Müller, 1993, s. 576 a násl.

Jako příklad tohoto obratu je možno uvést vývoj názorů na kriminalizaci různých vzdálenějších fází přípravného jednání, uskutečňovaných ještě před pokusem trestného činu, na tzv. *předpolí zločinu*. Dříve převládal názor, že tyto nejranější fáze přípravy není potřebné trestat, že tím dochází k přepínání trestní represe. V průběhu 80 a 90. let však se zvyšuje počet tzv. *předčasně dokonaných trestných činů*, spočívajících např. ve zločinném spolčování, v držení drog či jiných nebezpečných předmětů, v obstarávání padělaných dokumentů atd. Jde o obecnější tendenci tzv. *předsunutí trestní odpovědnosti*¹², která je obecně pozorovatelná v trestním zákonodárství posledních deseti letí.¹³ Tento trend pokračuje až do současné doby.

Jiným trendem, přispívajícím k nové kriminalizaci, a tím k zosťování trestní represe, je rozšiřování počtu tzv. abstraktních *ohrožovacích deliktů* (např. řízení motorového vozidla v opilosti nebo bez řidičského oprávnění).

Samostatnou kapitolu tohoto trendu ke zpříšňování trestní represe představují novinky zaváděné do *trestněprocesních předpisů*. Jejich představiteli jsou takové instituty, jako je skrytý agent, předstíraný převod, záměna zásilky, sledovaná zásilka, sledování osob a věci, odposlech a záznam telekomunikačního provozu, odposlech v bytech a jiných prostorách, skryté fotografování a požírování videonahrávek, rastrové elektronické pátrání v databázích a jiné prostředky tzv. operativní techniky. Někteří kritici spatřují v tomto trendu velké nebezpečí – varují před zneužitím těch prostředků, mluví o erozi principů právního státu, o brutalizaci a „zpolicejnění“ trestního procesu¹⁴ nebo přímo o symptomech policejního státu.¹⁵ Přesto však se všechny tyto (a mnohé další) metody prosadily nejen do policejního, nýbrž též do trestněprocesního práva a zdá se, že se tam trvale „zabydlely“ a že byly jako nevyhnutelné akceptovány i veřejností. Těmito trestněprocesními novinkami se zde nebudu zabývat, lze odkázat na literární prameny.¹⁶

Zdá se, že stejnou cestou, jaká byla shora stručně naznačena jako celosvětový trend, se vydal v posledních desetiletích též český zákonodárce. Jako v jiných tzv. postkomunistických zemích byl ovšem tento proces silně modifikován za trvání

¹² Srov. *Novotný, O.*: Stop zaviněným úpadkům. *Ekonom*, č. 33/1997, s. 37; blíže k pojmu „předsunutí trestní odpovědnosti“ viz *Fürst, M.*: Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB. Zu Umfang und Notwendigkeit der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes bei der Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen. Frankfurt am Main : Lang, 1989; *Schwitters, J. H.*: Die Vorverlagerung der Strafbarkeit beim unerlaubten Handelstreiben im Betäubungsmittelstrafrecht. Konstanz : Hartung-Gorre, 1998.

¹³ Srov. *Lagodny, O.*: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung. Tübingen : Mohr, 1996, s. 511–532.

¹⁴ *Kaiser, G.*: Moderne und postmoderne Kriminalpolitik. In: *Arnold, J. et al.* (Hrsg.): Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser. München : C. H. Beck, 2005, s. 1367.

¹⁵ Viz např. *Busch, H.*: Die Debatte um Organisierte Kriminalität in der BRD. *Bürgerrechte & Polizei* 39, 1992, s. 6–15; *Neumann, U.*: Zum Entwurf eines Verbrechensbekämpfungsgesetzes. *Strafverteidiger*, 1994, č. 5, s. 273–276; *Hassemer, W.*: Warum man den „Großen Lauschangriff“ nicht führen sollte. *Deutsche Richterzeitung*, 1992, č. 9, s. 357–358; *Hassemer, W.*: Aktuelle Perspektiven der Kriminalpolitik. *Strafverteidiger*, 1994, č. 6, s. 333–337; *Frommel, M.*: Zum Abbau der Bürgerrechte in der Strafprozessreform der Bundesrepublik Deutschland. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1990, č. 3–4, s. 279–286.

¹⁶ Blíže k tomu viz *Musil, J.*: Některé prostředky trestního práva procesního a policejního práva v boji proti organizované kriminalitě v mezinárodním srovnání. Praha : Policejní akademie ČR, 1995; *Karabec, Z.*, *Musil, J.*: Účinnost právních prostředků proti organizovanému zločinu. Praha : Institut pro kriminologii a sociální prevenci, 1999.

totalitního režimu a v době krátce po jeho svržení. Český zákonodárce přistoupil po roce 1989 několika novelami trestního zákona (zejména zákonem č. 175/1990 Sb.) k rozsáhlé dekriminalizaci – ke zrušení mnoha trestných činů proti republice, hospodářských trestných činů, trestných činů proti pořádku ve věcech veřejných a jiných trestných činů poznamenaných předchozími ideologickými a politickými deformacemi.

Dekriminalizační tendence se projeví též v obecné části trestního zákona. Tak např. byla omezena obecná trestnost přípravy k trestnému činu podle § 7 tr. zák. jen na závažné trestné činy, došlo k zúžení pojmu „zvlášť nebezpečný recidivista“ v § 41 tr. zák.

Tato podstatná dekriminalizace však byla v průběhu 90. let v české legislativě postupně oslabována a nabrala opačný směr – novou kriminalizaci. Stejně jako v jiných zemích došlo ke konstruování tzv. *předčasně dokonaných trestných činů* do zvláštní části trestního zákona. Z početných těchto nově zavedených předčasně dokonaných trestných činů v platném českém trestním právu lze uvést např.:

- neoprávněné držení platební karty – § 249b tr. zák. (zavedeno v roce 1993)
- účast na zločinném spolčení – § 163a (zavedeno v roce 1995)
- pojistný podvod – § 250a odst. 1 tr. zák. (zavedeno v roce 1997)
- úvěrový podvod – § 250b odst. 1 tr. zák. (zavedeno v roce 1997)
- vystavení nepravdivého potvrzení – § 129 tr. zák. (zavedeno v roce 1997)
- nedovolená výroba a držení státní pečeti a úředního razítka – § 176a tr. zák. (zavedeno v roce 1997)
- nedovolená výroba a držení omamných a psychotropních látek a jedů – § 187a tr. zák. (zavedeno v roce 1998)
- padělání a vystavování nepravdivých lékařských zpráv, posudků a nálezů – § 175b tr. zák. (zavedeno v roce 2002).

Jiným trendem, přispívajícím k nové kriminalizaci a tím k zotřování trestní represe, je rozšiřování počtu tzv. abstraktních *ohrožovacích deliktů*. Jejich příkladem z posledních let je např. trestný čin řízení motorového vozidla bez řidičského oprávnění – § 180d tr. zák. (zavedeno v roce 2005).

Postupně byly konstruovány desítky nových skutkových podstat ve zvláštní části trestního zákona, např. trestné činy proti životnímu prostředí, nové drogové delikty, nové trestné činy proti občanskému soužití (hanobení lidských ostatků – § 202a, nedovolené nakládání s tkáněmi a orgány – § 209a, nedovolené nakládání s lidským embryem a lidským genomem – § 209b), nové trestné činy proti majetku (provozování nepoctivých her a sázek – § 250c, legalizace výnosů z trestné činnosti – § 252a, zvýhodňování věřitele – § 256a, pletichy při řízení konkursním a vyrovnacím – § 256b, předlužení – § 256c, poškození a zneužití záznamu na nosiči informací § 257a), dokonce i tak kuriózní trestný čin, jako je poškození cizí věci nástřiky nebo nátěry barvou (§ 257b) a mnohé další. Je třeba dodat, že k zavádění nových trestných činů docházelo často chaoticky na základě zákonodárných iniciativ poslanců a bez předchozího ověření skutečné potřeby a bez hlubší seriózní argumentace.

3. JAKOU STRATEGII SLEDUJE ČESKÝ TRESTNÍ ZÁKONODÁRCE V NÁVRHU NOVÉHO TRESTNÍHO ZÁKONÍKU?

Z návrhu nového českého trestního zákoníku se spíše zdá, že jednoznačně převládla tendence ke **zprůsnění trestní represe**, což se projevuje v několika směrech:

3.1. NOVÁ KRIMINALIZACE

Projevuje se to zejména **novou kriminalizací** jednání, která doposud nebyla posuzována jako trestné činy nebo byla kriminalizována teprve při několika předchozích novelizacích z nedávné doby. Tato kriminalizační tendence, nastoupená českým zákonodárcem již v 90. letech minulého století, pokračuje i v předloženém návrhu nového trestního zákoníku (dále jen „návrhu“). Jako příklady těchto nových (nebo staronových) trestných činů, které nalezneme v návrhu trestního zákoníku, lze uvést:

- neoprávněné nakládání s platebním prostředkem (§ 184 návrhu)
- porušování povinnosti při správě cizího majetku z nedbalosti (§ 196 návrhu, obsažený ovšem již nyní v § 255a tr. zák.)
- poškozování záznamu v počítačovém systému a na nosiči informací a zásah do vybavení počítače z nedbalosti (§ 206 návrhu)
- porušování zákazů v době nouzového stavu v devizovém hospodářství (§ 221 návrhu)
- nesvolání valné hromady, členské a jiné obdobné schůze (§ 224 návrhu)
- poškozování značek státní triangulace (§ 257 návrhu)
- ohrožení pod vlivem návykové látky (§ 252 návrhu – podobná úprava je ovšem obsažena i v nynějším § 201 tr. zák. po jedné z posledních novelizací)
- nedovolená výroba a držení pečetidla státní pečeti a úředního razítka (§ 326 návrhu)
- padělání a vystavování nepravdivých lékařských zpráv, posudků a nálezu (§ 327 návrhu)
- napomáhání k nedovolenému pobytu na území republiky (§ 317 návrhu)
- neoprávněné zaměstnávání cizinců (§ 318 návrhu).

Nechci paušálně zpochybňovat účelnost nové kriminalizace – je nepopiratelnou skutečností, že dynamický společenský vývoj přináší nové druhy škodlivých a nebezpečných jednání a je zajisté legitimním právem zákonodárce, aby na ně reagoval trestněprávními prostředky. Je ovšem třeba pečlivě zvažovat, zda je to opravdu potřebné.

Legitimních důvodů pro kriminalizaci je celá řada. Na prvním místě je to **společenská škodlivost** (vyjadřovaná i jinými termíny, jako je *typová společenská nebezpečnost*, *ochrana právních statků*). Vadou tohoto kritéria je jeho vágnost, která otvírá prostor pro manipulaci a zneužití, nicméně si myslím, že jeho primární význam je neoddiskutovatelný.

Tento důvod kriminalizace však není jediný a výlučný. V literatuře se uvádí řada dalších důvodů, např. *disciplinarizující důvod* (ten je důležitý u ohrožovacích deliktů), *symbolický důvod* (jako příklad se uvádí u kriminalizace tzv. osvětimské lži), *vyučování společenského tabu* (např. kriminalizace incestu, bigamie).

Návrh nového trestního kodexu ve mně vzbuzuje vážné pochybnosti o tom, zda závažnost některých zvažovaných jednání je tak vysoká, aby opravňovala kriminalizaci. Doporučoval bych, aby počet těchto nových deliktů byl redukován; málo závažná jednání by nepochybně stačila postihovat jako přestupky (např. poškozování značek státní triangulace – § 257 návrhu, nedovolená výroba a držení pečetidla státní pečeti a úředního razítka – § 326 návrhu). Domnívám se, že v některých uváděných příkladech jde o přepínání trestní represe (zejména u kriminalizace nedbalostních hospodářských deliktů) a že by počet těchto nových trestných činů měl být zmenšen, resp. alespoň by měla být přesvědčivěji zdůvodněna nezbytnost kriminalizace.

Z uznávané zásady trestněprávní normotvorby *in dubio pro libertate* lze odvodit povinnost zákonodárce, aby přesvědčivými argumenty zdůvodnil nezbytnost kriminalizace a snažil se o získání většinového společenského konsensu. Tam, kde neexistují přesvědčivé důvody pro kriminalizaci, má od ní zákonodárce ustoupit. Hanack píše: „Tak, jako soudce nesmí uložit trest, aniž by dokázal vinu pachatele, nesmí ani zákonodárce hrozit trestem, aniž by prokázal jeho potřebnost“.¹⁷

Z přípravných prací na rekodifikaci jsem nabyl dojmu, že tvůrci projektu příliš podléhali tlaku různých zájmových skupin a připomínkových míst (např. resortních ministerstev), které se dožadovaly kriminalizace určitého jednání třeba jen proto, aby se hrozbou trestní sankce usnadnilo plnění úkolů státních orgánů (např. vynutit spolupráci občana při provádění úředních úkonů). Sledování takového cíle je sice v některých situacích legitimní a může být trestním zákonodárcem respektováno, např. k zajištění zvláště závažných sociálních funkcí státu (obrana státu, fungování justice apod.), avšak musí se tak dít velmi zdrženlivě.

Tvůrce nového trestního kodexu musí tedy velmi důkladně zvažovat **důvody kriminalizace** a neustále je poměřovat s jinými kolidujícími hodnotami, zejména s individuálními lidskými právy a svobodami.

Důležité je to, aby důvody kriminalizace byly při přípravě legislativního projektu dostatečně transparentní, aby s nimi byla seznámena veřejnost a aby ohledně nich bylo dosaženo společenského konsensu. V teorii se ovšem právem připomíná, že společenský konsensus sám o sobě není dostatečným důvodem kriminalizace (je známo, že laická veřejnost má často přehnaná očekávání, snadno propadá iluzi o všemocnosti trestního práva jako zázračného léku na všemožné sociální neduhy).

Moderním kritériem, které je třeba stále více zohledňovat při zvažování kriminalizace, je tzv. **příkaz tolerance** vůči nekonvenčnímu nebo nekonformnímu chování. Ten připomíná, že ve společenském prostoru je třeba respektovat též určité způsoby chování, které jsou sice většinou částí společnosti hodnoceny jako „nenormální“, vzbuzují její nelibost, avšak nejsou pro ni vyložené škodlivé (někdy poškozují pouze aktivního aktéra tohoto odchylného chování). Příkaz tolerance má zabránit tomu, aby většinová část společnosti vnucovala menšině uniformní modely chování tam, kde to není nezbytně nutné. Nejvýrazněji se tento příkaz tolerance v historickém vývoji prosadil při dekriminlizaci sexuálně odlišného chování (zejména homosexuality), při respektování nábo-

¹⁷ Hanack, E.-W.: Zur Revision des Sexualstrafrechts in der Bundesrepublik. Reinbek: Rowohlt, 1969, s. 37.

ženských zvyklostí (např. dekriminalizace tzv. odpíračů vojenské služby) a při posuzování kriminalizace drogových deliktů. Také při úvahách o kriminalizaci tzv. *obtěžujících chování* (žebření, hlučné chování, obnažování na nudistické pláži apod.) je nutno se řídit příkazem tolerance.¹⁸ Stále aktuální je problém, nakolik tolerovat nebo naopak kriminalizovat šíření některých extrémních ideologických a politických směrů (např. fašismu, komunismu); vybalancování kolidujících zájmů mezi ústavně garantovanou svobodou projevu (čl. 17 Listiny základních práv a svobod) a ochranou demokratických hodnot je velmi obtížné a jeho řešení je ovlivňováno neblahými historickými zkušenostmi s totalitními ideologiemi a na nich založenými politickými režimy.

Konečně je možno zmínit, že při posuzování kriminalizace se v posledních desetiletích stále více prosazuje také tzv. **bilancování nákladů a zisků** (*cost-benefits approach*). Zvažují se tedy jak pozitiva, tak negativa účinků kriminalizace. Výsledkem těchto úvah je například omezení povinnosti oznámit trestný čin u některých profesí (typicky např. u advokátů), protože řádné fungování advokacie je pro právní stát vyšší hodnotou, než neodhalení trestného činu. Předmětem kriminálně politického uvažování o kriminalizaci určitého jednání mohou ovšem být i tak „prozaické“ záležitosti, jako jsou vysoké ekonomické náklady spojené s odhalováním a stíháním určitých druhů deliktů, jejichž výskyt je nepatrný apod.

Také v českých podmínkách bohužel platí povzdech polského trestněprávního teoretika a předsedy polského nejvyššího soudu Lecha Gardockého¹⁹, že diskuse, které se k problematice kriminalizace a dekriminalizace vedou, mají vesměs velmi nízkou úroveň, bez ohledu na to, zda se tyto diskuse odehrávají ve vědě nebo ve veřejném životě a politice. Prezentované názory doporučující další kriminalizaci obsahují často neverifikovaná nebo dokonce neverifikovatelná tvrzení, domněnky, předsudky a intuitivní názory. Zákonodárci se zřídka opírají o seriózní empirické kriminologické výzkumy, statistická data o kriminalitě jsou interpretována chybně nebo jsou dokonce zneužívána k prosazování skupinových zájmů.

3.2. ZPŘÍŠŇOVÁNÍ TRESTNÍCH SANKCÍ

Tento trend se nejzřetelněji manifestuje zvýšením horní hranice trestní sazby u trestu odnětí svobody: ta doposud činila 15 let (§ 39 odst. 1 tr. zák.), v návrhu se zvyšuje na 20 let (§ 55 odst. 1 návrhu). U tzv. výjimečného trestu činilo doposud rozpětí délky trestu 15 až 25 let, nově se navrhuje 20 až 30 let (§ 54 návrhu).

Dolní i horní hranice trestní sazby se v návrhu zvyšují u některých trestných činů ve zvláštní části trestního zákona, zejména u kvalifikovaných skutkových podstat. Tak je tomu např. u vraždy (§ 113 návrhu), ale překvapivě i u dříve trestaného pachatele krádeže [doposud sazba trestu odnětí svobody do dvou let (§ 247 odst. 1 tr. zák.), nově od šesti měsíců do tří let (§ 180 odst. 2 návrhu)].

¹⁸ von Hirsch, Andrew: Belästigendes Verhalten: Gibt es ein strafrechtliches Belästigungsprinzip? In: Arnold, J. et al. (Hrsg.): *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser*. München : C. H. Beck, 2005, s. 189–205.

¹⁹ Gardocki, L.: Kriminalisierung – zwischen Theorie und Praxis. In: Arnold, J. et al. (Hrsg.): *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser*. München : C. H. Beck, 2005, s. 1335–1340.

Je ovšem pravda, že obecně není toto zpřísnění trestních sazeb oproti dosavadnímu stavu nijak dramatické, vyskytují se dokonce i řídké případy snížení sazeb.

Myslím, že proti tomuto zpřísnění sankcí nelze paušálně vznášet zásadní námitky, v některých případech může být oprávněné. Obecně však tyto návrhy svědčí o trendu zpřísnování trestní represe.

3.3. SNÍŽENÍ VĚKOVÉ HRANICE TRESTNÍ ODPOVĚDNOSTI

Ačkoliv naposled předložený (a posléze Poslaneckou sněmovnou neschválený) vládní návrh trestního zákona předpokládal zachování dosavadní věkové hranice 15 let (§ 25 návrhu), projevovala se při projednávání tohoto návrhu jak na parlamentní půdě, tak i v politických a odborných diskusích zřetelná snaha snížit tuto hranici na 14 let. Domnívám se, že stejně tomu bude i nadále po předložení nové varianty návrhu.

Já sám osobně se vyslovuji pro zachování dosavadní věkové hranice 15 let. Jsem toho názoru, že neexistují žádné přesvědčivé a empiricky doložené důkazy o tom, že snížení věkové hranice vede k pozitivním výsledkům ve smyslu individuální či generální prevence. Dosavadní právní úprava (obsažená zejména v zákoně o soudnictví ve věcech mládeže č. 218/2003 Sb.) umožňuje dostatečně efektivní postih dětské delikvence a nabízí široké spektrum výchovně, léčebně a preventivně zaměřených nástrojů. Myslím, že snížením hranice trestní odpovědnosti se ničeho pozitivního nedosáhne – neprojeví se žádný skutečný efekt v podobě snížení dětské delikvence – ten lze očekávat pouze od komplexu složitých a dlouhodobých sociálních opatření. Debata o snížení věkové hranice o jeden rok je typickou ukázkou populistického a alibistického „vytírání očí“ – předstíráním jednoduchého řešení tam, kde ve skutečnosti je zapotřebí nevdechná, namáhavá a dlouhodobá práce a nemalé náklady.

3.4. ZPŘÍSNOVÁNÍ POSTIHU ZVLÁŠTĚ NEBEZPEČNÝCH RECIDIVISTŮ

Ustanovení o zvlášť nebezpečné recidivě již v jeho dosavadní podobě pokládám za velice nešťastný institut, nemající žádný valný efekt; při jeho praktické aplikaci v soudní praxi dochází k extrémnímu přepínání trestní represe. Svě odmítavé stanovisko k jeho protiústavní aplikaci jsem opakovaně vyjádřil v judikátech Ústavního soudu ČR, na nichž jsem se podílel.²⁰

Bohužel shledávám, že v návrhu nového trestního zákona se tento institut nejen znovu objevuje (§ 108, 109 návrhu), ale navíc v podobě, která znamená systémové zosílení trestní represe, protože (v souladu s novou koncepcí formálního pojetí trestného činu) odpadá dosavadní materiální podmínka, tj. podstatné zvýšení stupně společenské nebezpečnosti trestného činu z důvodu recidivy (§ 41 odst. 1 tr. zák.).

²⁰ Viz nálezy ÚS sp. zn. IV. ÚS 396/03 (Sb. n. u. ÚS, Svazek č. 33, Nález č. 72, str. 213) a III. ÚS 747/06 (dosud nepublikováno).

Svůj zásadní nesouhlas s institutem zvlášť nebezpečné recidivy opírám o dva základní postuláty:

1. výměra trestu musí přednostně vycházet ze spáchaného trestného činu, z míry jím způsobeného trestného bezpráví; k osobě pachatele je sice žádoucí přihlídnout, avšak toliko sekundárně;
2. výměra trestu musí být proporcionální ve vztahu k závažnosti činu; váha přisuzovaná vlastnostem pachatele nesmí převážít nad hodnocením jeho skutku. *Principu proportionality* trestu se přisuzuje v historii trestního práva stále větší váha, německý Spolkový ústavní soud mu dokonce přisuzuje ústavněprávní status.²¹

Principům spravedlivého trestání a rovnosti občanů před zákonem v právním státě nejlépe odpovídá, jsou-li všechny trestné činy pravidelně postihovány v rozmezí jednotných trestních sazeb, stanovených ve zvláštní části trestního zákona. V nich zákonodárce vyjadřuje typový stupeň společenské nebezpečnosti určitého druhu trestného deliktu a poskytuje orgánům činným v trestním řízení pevný rámec, v němž mají vyměřit konkrétní trest s přihlédnutím ke všem okolnostem případu. Tento způsob zákonodárského stanovení trestní sazby nejlépe vyhovuje zásadě *nullum crimen, nulla poena sine lege*, principu rovnosti občanů před zákonem a principu předvídatelnosti rozhodování soudů.

Nelze nepřipomenout, že institut zvlášť nebezpečné recidivy byl příznačný pro trestní zákonodárství zemí bývalého východního bloku a po změně politických poměrů byl, pokud je mi známo, ve všech těchto zemích odstraněn. Naposledy se tak stalo ve Slovenské republice přijetím nového trestního zákoníku z roku 2005 (zák. č. 300/2005 Z. z.). V západoevropských zemích s kontinentálním právním systémem se tento institut nevyskytoval a nevyskytuje.

Je ovšem skutečností, že recidivní trestná činnost je nadále pokládána celosvětově za velmi vážný a nebezpečný fenomén, který opravňuje ke speciální legislativní úpravě, zpřísnňující trestní postih recidivistů, např. kvalifikováním recidivy jako přitěžující okolnosti, podmínky pro zpřísnění výkonu trestů a pro ztížení podmíněného propuštění apod.; zpravidla se však pokládá za dostatečné vyměřovat trest v rámci „normální“ trestní sazby. Ve zmiňovaném novém slovenském trestním zákoníku je opětovné spáchaní trestného činu pokládáno za přitěžující okolnost, při níž se za určitých podmínek zvyšuje dolní (nikoliv však horní) hranice trestní sazby (viz § 37 a 38 slov. tr. zák.). Je ovšem třeba dodat, že pro taxativně vyjmenované trestné činy zakotvil slovenský trestní zákoník v § 47 odst. 2 drakonickou zásadu *trikrát a dost*, prikazující obligatorní uložení doživotního trestu odnětí svobody s možností výjimečné modifikace na 25 let. Tuto variantu pokládám za ještě horší, než je institut zvlášť nebezpečné recidivisty.

Jakkoli někteří z nás mohou nesouhlasit s koncepcí tzv. kritické kriminologie²², nelze jí upřít tu zásluhu, že svou teorií tzv. *labeling approach* poukázala na velmi nežá-

²¹ BVerGE 19, 348 (BvR 513/65 vom 15. 12. 1965); viz též *Jarass, H. D., Pieroth, B.*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 3. Aufl. München : C. H. Beck, 1995, s. 436–437.

²² Srov. např. *Šmausová, G.*: Kritická kriminologie. Kriminalistika, 1993, č. 3, s. 225–235; *Smaus, G.*: Das Strafrecht und die gesellschaftliche Differenzierung. Baden-Baden : Nomos, 1999; Kritische Kriminologie in der Diskussion: Theorien Analysen, Positionen. Opladen : Westdeutscher Verlag, 1996. 3. Aufl. 1995, s. 436–437.

doucí účinky tzv. *etiketování*, vedoucího k individuální stigmatizaci, k selektivnímu výběru hendikepovaných a sociálně vyvržených osob, k nastartování nebo prolongování jejich celoživotní kriminální kariéry a tím k opakované reprodukci kriminality. Kvalifikační označení „zvlášť nebezpečný recidivista“, zakotvené českým zákonodárcem dokonce přímo v zákoně, by pro kritické kriminology mohlo sloužit jako zvlášť odpudivá ukázka negativní sociální etikety, mající způsoblost vyvolávat jimi uváděné zhoubné sociální důsledky.

Vytváření kolektivní kategorie „zvlášť nebezpečný recidivista“ odporuje principu přiměřenosti výměry trestu stupni společenské závažnosti konkrétního deliktu. Tím, že taková kvalifikace předjímá zvlášť vysoký „zločinecký potenciál“ pachatele toliko na základě abstraktního a formálního kritéria četnosti spáchaných deliktů, znemožňuje dostatečně citlivou individualizaci trestu. Karl-Ludwig Kunz²³ přirovnává takové drakonické trestání pachatelů, označených zákonodárcem jako „nebezpeční zločinci“, k praktikám tzv. *incapacitation* (zneschopnění)²⁴, tj. dlouhodobého internování osob, u nichž je předpokládáno velké riziko budoucího nebezpečného chování. Kunz poukazuje na možnost chybné diagnózy a vyslovuje názor, že je neospravedlnitelné, aby právo pachatele na přiměřený trest, odpovídající stupni jeho viny, bylo obětováno kolektivnímu společenskému zájmu bezpečí. Velkou příbuznost vykazuje tato koncepce *incapacitation* s podobnou ideou *three strikes and you are out* („třikrát a dost“). Rozsáhlé kriminologické a penologické výzkumy, které dlouhodobě sledují úspěšnost těchto zákonodárných a justičních praktik v některých státech USA, ukazují zcela přesvědčivě, že po jejich zavedení nedochází k žádnému pozitivnímu výsledku v podobě snížené kriminality; jediným doložitelným efektem jsou chronicky přeplněné věznice a rostoucí index vězeňské populace.²⁵ Fundovaná teoretická i publicistická kritika v západoevropských zemích hodnotí tyto koncepce jako „falešnou reakci státu na kriminalitu“ nebo jako „pokus, zavést znovu do trestní politiky pomstu jako legitimní účel trestu“.²⁶ Moderní liberální společnost se má snažit o reintegraci pachatele do společnosti, řídit se právem a spravedlností, nikoliv o jeho ostrakizaci. Domnívám se, že institut zvlášť nebezpečného recidivisty je v rozporu s dosavadním vývojem moderního trestního práva v otázce přístupu k pachateli. Historický vývoj, probíhající v posledních zhruba dvou staletích, lze charakterizovat jako změnu paradigmatu trestního práva, jako *přechod od exkluze k inkluzi* pachatele. Co tím mám na mysli?

Pro starší pojetí bylo příznačné přesvědčení, že spácháním trestného činu se pachatel sám vyčlenil ze společnosti a stát s ním může v průběhu trestního řízení, při ukládání trestu a při jeho výkonu, ale i po něm, nakládat jako s objektem mocenské manipulace. Thomas Hobbes ve svém *Leviathanu* vyslovil myšlenku, že pachatel musí být potrestán

²³ Kunz, K.-L.: Gefährliche Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung. In: Arnold, J. et al. (Hrsg.): Menschen-gerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser. München : C. H. Beck, 2005, s. 1375–1392.

²⁴ K pojmu „incapacitation“ viz Zimring, Franklin E., Hawkins, Gordon: Incapacitation. Penal confinement and the restraint of crime. New York : Oxford University Press, 1995.

²⁵ Viz např. Males, M., Macallair, D., Corcoran, M. D.: Testing Incapacitation Theory: Youth Criminal and Incarceration in California. San Francisco : Center on Juvenile and Criminal Justice. July 2006. Studie je v elektronické podobě dostupná na linku uvedeném na <http://www.neustart.at/e-zine-kommentar.php?id=51119>

²⁶ Pilgram, A.: Rückfallstatistische Untersuchungen in Österreich. In: Heinz, Wolfgang [Hrsg.]: Rückfall-forschung. Wiesbaden : Kriminologische Zentralstelle, 2004, s. 319–334.

„nikoliv jako občan, nýbrž jako nepřítel“.²⁷ Stejný názor zastával Jean-Jacques Rousseau: „Zločinec, který útočí na společenské právo, přestává být členem společnosti, dokonce se s ní nachází ve válce,... spíše než občanem je nepřítelem“.²⁸ Immanuel Kant doporučoval „vyobcovat těžké zločince z občanské společnosti“, nicméně požadoval, aby při trestání bylo respektováno to, co je v osobě pachatele lidské.²⁹ Ještě von Liszt hovoří o nutnosti „zneškodnění“ „nepolepšitelných zločinců ze zvyku“.³⁰ Takovouto strategii vyloučení pachatele ze společnosti označuje K.-L. Kunz jako strategii **exkluze**. V oblasti sankcionování našla tato koncepce výraz v aplikaci trestu smrti, doživotního trestu odnětí svobody nebo alespoň dlouhodobého trestu odnětí svobody, tedy v ukládání drakonických trestů; modernější teorie *défense sociale* nebo *selective incapacitation* doporučovaly některým typům zločinců ukládat časově neomezená ochranná opatření.

Zcela jiný přístup zvolily ty novodobé koncepce trestního práva, které jsou založeny na **inkluzi** (začlenění) pachatele do procesu jeho stíhání a trestání. Za samozřejmost je pokládáno to, že i pachatel je nositelem základních lidských práv a svobod; standard lidských práv je však toliko minimálním modem nakládání s pachatelem, který sám o sobě nestačí. Základním východiskem tohoto přístupu inkluze je optimistický předpoklad možného polepšení pachatele a jeho reintegrace do společnosti. Snahou orgánů činných v trestním řízení je vzbudit, resp. posílit u pachatele sebekritický náhled na zavrženíhodnost jeho činu a vyvolat snahu o nápravu. Aby tohoto cíle bylo možno dosáhnout, je nutno s pachatelem nakládat jako se subjektem, komunikovat s ním, působit na něj a spolupracovat s ním na jeho nápravě. Pachatel je i nadále pokládán za občana, za člena občanské společnosti. Samozřejmě, že koneckonců to musí být samotný pachatel, jako subjekt nadaný vlastní vůlí, který musí chtít zapojit se do tohoto procesu a musí v něm sehrát aktivní roli. To ovšem lze očekávat jen tehdy, jestliže on sám a jeho sociální okolí pokládají uložený trest za spravedlivý, tj. přiměřený závažnosti jeho deliktu a jestliže spravedlivé je i řízení, které vedlo k uložení tohoto trestu.

Z těchto dvou koncepcí přístupu k pachateli vycházejí také dvě odlišné kriminálně politické, legislativní a aplikační koncepce trestního práva:

- na koncepci exkluze je založeno *trestní právo adresované pachateli jako nepříteli*; v německé literatuře je takové trestní právo obrazně označováno jako *Feindstrafrecht* nebo *Hass-Strafrecht*³¹;
- na koncepci inkluze je založeno *trestní právo adresované pachateli jako občanovi*; v německé literatuře je takové trestní právo obrazně označováno jako *Bürgerstrafrecht* (trestní právo pro občany).³²

²⁷ *Hobbes, T.*: Leviatan neboli O podstatě, zřízení a moci státu církevního a občanského. Praha : Melantrich, 1941.

²⁸ *Rousseau, J.-J.*: O společenské smlouvě, neboli O zásadách státního práva. Dobrá Voda : Aleš Čeněk, 2002.

²⁹ *Kant, I.*: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Königsberg : Nicolovius, 1798.

³⁰ *von Liszt, F.*: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Erster Band. Berlin : Guttentag, 1905, s. 166 a násled.

³¹ *Löschper, G., Galanis, G. N.*: Kriminologie – wohin? Ein Gespräch mit Fritz Sack. Kriminologisches Journal 34 (2002), s. 41–46.

³² *Viz Jakobs, G.*: Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft (Kommentar). In: *Eser, A., Burkhardt, B.* (Hrsg.): Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. München : C. H. Beck, 2000, s. 47–56; *Kunz, K.-L.*: Gefährliche Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung. In: *Arnold, J. et al.* (Hrsg.): Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser. München : C. H. Beck, 2005, s. 1375–1392.

Chci ukončit tuto partii o zvlášť nebezpečném recidivistovi vyslovením svého osobního přesvědčení, že za jediné perspektivní cestu budoucího trestního práva pokládám strategii inkluze pachatele. Jsem si velmi dobře vědom toho, že vše, co v předchozí partii o této strategii říkám, zní pro někoho možná poněkud idealisticky a nepřesvědčivě; z nezbytné stručnosti tohoto mého příspěvku by mohl u čtenáře vzniknout oprávněný dojem nedostatečné argumentace. Přiznávám, že nejsem schopen podat definitivní důkazy o tom, že tato cesta inkluze pachatele je tou jedinou správnou; ostatně takovými důkazy dnes nedisponuje nikdo. Kriminalita sama je natolik multifaktoriální jev, že pravděpodobně nelze najít žádný jednoduchý a univerzální model její kontroly a ovlivňování. Neexistuje ani žádné vyzkoušené ideální trestní právo. Ani český zákonodárce nemá a nebude mít při tvorbě nového trestního zákoníku snadný úkol.

CO ŘÍCI ZÁVĚREM?

Přesto, že v české společnosti stále přetrvává iluze o všemocnosti trestního práva, neměli by tvůrci nového trestního zákoníku podlehnout volání po paušálním zotřetí trestní represe; myslím, že historická zkušenost z fungování autoritářských režimů dostatečně přesvědčivě ukazuje, že takový směr vede do slepé uličky. Na druhé straně není možno rezignovat na trestní právo pod hesly bezbřehé liberalizace a deetatizace. Trestní právo je a i nadále zůstane nezbytným prostředkem ochrany společnosti před zlem a bezprávím.

Čeští tvůrci nového trestního zákoníku by každopádně neměli opustit dlouhodobé konstanty trestní politiky moderního státu – totiž zásadu *pomocné role trestního práva* a pojetí trestního práva jako prostředku *ultima ratio*.³³ Nejvyšší hodnotou moderního trestního práva určeného pro 21. století musí být *princip humanity*, něco, co Albin Eser vyjadřuje obtížně přeložitelným německým termínem *menschengerechtes Strafrecht*. Totiž spravedlivé trestní právo určené pro lidi – pro pachatele, pro oběť a pro celou společnost.

DOES THE CZECH LEGISLATURE STILL RESPECT THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY OF PENAL REPRESSION?

Summary

In this article the author expresses the conviction that it is necessary to continue to uphold the principle of subsidiarity of penal repression (other terms used are “the subsidiarity role of criminal law”, “the limitation of criminal law” or “the *ultima ratio* principle”), no matter how ambiguous the hitherto development of the Czech Republic’s criminal policy may have been.

To assess the level of country’s criminal law repressiveness, we especially need to look at the scope of criminalization, i.e. the range of anti-social conduct against which the state applies criminal sanctions.

³³ Albrecht, P.: Strafrecht – ultima ratio. Baden-Baden : Nomos-Verl.-Ges., 1992; Lüderssen, K. [Hrsg.]: Modernes Strafrecht und Ultima-ratio-Prinzip. Frankfurt am Main : Lang, 1990.

Further elements to be considered are the severity of penal sanctions, the minimum age for criminal liability, the scope of circumstances excluding the illegality of an act, the conditions under which criminal liability of a person expires, the conditions under which criminal penalties are enforced, the rigor of procedural laws and above all the standard of fundamental human rights guarantees applicable during criminal proceedings.

In the author's view, the tendency towards more repression has prevailed in the draft of the new Czech Penal Code and is manifested mainly through the criminalization of acts that have so far not been considered criminal offences or have only very recently been introduced by amendment to the Penal Code (esp. by increasing the number of the "prematurely completed" offences and the abstract generally- endangering offences). Further, the draft includes longer prison terms and would introduce a lower age limit for criminal liability and more severe sanctions for particularly dangerous recidivists.

The authors expresses serious doubts about this trend and points out its possible negative effects. In the final part the author speaks out for upholding the long-term objective of any modern criminal policy, which is to reintegrate offenders back into society instead of ostracizing them. The means to achieve this objective is the inclusion of offenders into the process of criminal prosecution and sentencing.

Key words: criminal policy, criminal law reform, criminalization, decriminalization, subsidiarity of criminal law, *ultima ratio* principle, *in dubio pro libertate*, particularly dangerous recidivist